

sygn. akt: KIO 113/13
KIO 117/13

WYROK

z dnia 29 stycznia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Radosław Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 stycznia 2013 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 stycznia 2013 r. przez **odwołujących się**:

A. wykonawcę - Telekomunikacja Polska S.A., 00-105 Warszawa, ul. Twarda 18

B. wykonawcę - GTS Poland sp. z o.o., 02-674 Warszawa, ul. Marynarska 15

w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego - Bank Gospodarstwa Krajowego, 00-955 Warszawa, Al. Jerozolimskie 7,**

przy udziale:

A. wykonawcy - ATM S.A., 04-186 Warszawa, ul. Grochowska 21a, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 113/13 oraz KIO 117/13 po stronie odwołującego,

B. wykonawcy - Netia S.A., 02-822 Warszawa, ul. Poleczki 13, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 113/13 oraz KIO 117/13 po stronie odwołującego,

C. wykonawcy - GTS Poland sp. z o.o., 02-674 Warszawa, ul. Marynarska 15, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 113/13 po stronie odwołującego,

D. wykonawcy - Telekomunikacja Polska S.A., 00-105 Warszawa, ul. Twarda 18, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 117/13 po stronie odwołującego,

orzeka:

sygn. akt: KIO 113/13
KIO 117/13

1. **Uwzględnia oba odwołanie i nakazuje zamawiającemu dokonanie modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.**
2. Kosztami postępowania obciąża **zamawiającego - Bank Gospodarstwa Krajowego, 00-955 Warszawa, Al. Jerozolimskie 7** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę - Telekomunikacja Polska S.A., 00-105 Warszawa, ul. Twarda 18** oraz **wykonawcę - GTS Poland sp. z o.o., 02-674 Warszawa, ul. Marynarska 15** tytułem wpisu od obu odwołań,
 - 2.2. zasądza od **zamawiającego - Bank Gospodarstwa Krajowego, 00-955 Warszawa, Al. Jerozolimskie 7** na rzecz **wykonawcy - Telekomunikacja Polska S.A., 00-105 Warszawa, ul. Twarda 18** kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania,
 - 2.3. zasądza od **zamawiającego - Bank Gospodarstwa Krajowego, 00-955 Warszawa, Al. Jerozolimskie 7** na rzecz **wykonawcy - GTS Poland sp. z o.o., 02-674 Warszawa, ul. Marynarska 15** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Bank Gospodarstwa Krajowego, Al. Jerozolimskie 7; 00-955 Warszawa, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Świadczenie usług kolokacji obejmujących najem powierzchni serwerowej, usługi transmisji światłowodowej do Centrali, usługi migracji i inne usługi powiązane” na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 8 stycznia 2013 roku pod numerem 2013/S 005-005766.

KIO 113/13

Dnia 18 stycznia 2013 roku wykonawca Telekomunikacja Polska S.A., ul. Twarda 18; 00-105 Warszawa (zwany dalej „*odwołujący*”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Odwołanie dotyczy treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący wskazał, że jest wykonawcą, którego interes w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku. Opis przedmiotu zamówienia w obecnym kształcie utrudnia wykonawcy złożenie oferty oraz uniemożliwia rzetelną kalkulację ceny oferty.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, art. 7 oraz art. 43 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez:
 - niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia, uniemożliwiający przygotowanie oferty, polegający na braku informacji niezbędnych do przeniesienia zasobów i usług zamawiającego do nowej lokalizacji,
 - określenie zbyt krótkiego terminu składania ofert uniemożliwiającego przeprowadzenie oględzin oraz wstępnej inwentaryzacji sprzętu niezbędnej do przeprowadzenia migracji,
 - braku zapewnienia stałego dostępu przedstawicieli wykonawców do aktualnych lokalizacji, w których świadczona jest usługa kolokacji, w celu dokonania oględzin oraz wstępnej inwentaryzacji sprzętu.
- 2) art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 7 ustawy Pzp, poprzez niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia, uniemożliwiający przygotowanie oferty, polegający na braku precyzyjnego opisu zakończeń łączny,
- 3) art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia, uniemożliwiający przygotowanie oferty, polegający na zastrzeżeniu obowiązku

sygn. akt: KIO 113/13
KIO 117/13

przeniesienia zakończenia usługi transmisji danych MPLS świadczonej przez firmę Netia SA do nowej lokalizacji,

- 4) art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez wskazanie terminów wykonania poszczególnych etapów zamówienia w postaci dat dziennych, co skutkuje niemożnością ustalenia rzeczywistego czasu, jaki będzie miał wykonawca na realizację przedmiotu zamówienia,
- 5) art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia, uniemożliwiający przygotowanie oferty, w zakresie liczby szaf *rack* objętych kolokacją.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w sposób szczegółowo wskazany w treści odwołania.

Kopię odwołania, odwołujący przekazał zamawiającemu w dniu 18 stycznia 2013 roku.

Zamawiający, dnia 21 stycznia 2013 roku zamieścił kopię odwołania na swojej stronie internetowej, jednocześnie wzywając wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

Dnia 24 stycznia 2013 roku do postępowania odwoławczego - po stronie odwołującego, zgłosili przystąpienie wykonawcy:

- ATM S.A. z siedzibą w Warszawie,
- GTS Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,
- Netia S.A. z siedzibą w Warszawie.

Zamawiający, dnia 29 stycznia 2013 roku złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, iż uwzględnia zarzuty odwołania dotyczące:

- 1) niejednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia, uniemożliwiającego przygotowanie oferty w zakresie liczby szaf *rack* objętych relokacją,
- 2) wskazania terminów wykonania poszczególnych etapów zamówienia w postaci dat dziennych,
- 3) niejednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia, uniemożliwiającego przygotowanie oferty, polegającego na zastrzeżeniu obowiązku przeniesienia zakończenia usługi transmisji danych MPLS, świadczonej przez firmę Netia S.A. do nowej lokalizacji,
- 4) opisu przedmiotu zamówienia, uniemożliwiającego przygotowanie oferty, polegającego na braku informacji niezbędnych do przeniesienia zasobów i usług zamawiającego do nowej lokalizacji.

Jednocześnie zamawiający oświadczył, że nie uwzględnia zarzutu dotyczącego niejednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia, uniemożliwiającego przygotowanie oferty, polegającego na braku precyzyjnego opisu zakończenia łączy.

sygn. akt: KIO 113/13
KIO 117/13

Na posiedzeniu odwołujący stwierdził, że sposób realizacji przez zamawiającego żądań zawartych w odpowiedzi na odwołanie nie pokrywa się z żądaniami, jakie w treści odwołania przedstawił odwołujący. Dlatego też odwołujący podtrzymał zarzuty odwołania w całości.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Z uwagi na okoliczność, iż zamawiający w zakresie wskazanych w odpowiedzi na odwołanie zarzutów uznał ich zasadność, Izba zobligowana była do uwzględnienia przedmiotowego odwołania.

Odnosząc się bezpośrednio do zarzutów odwołania Izba wskazuje, że potwierdził się zarzut dotyczący opisu przedmiotu zamówienia w zakresie braku informacji niezbędnych do przeniesienia zasobów i usług zamawiającego do nowej lokalizacji.

W powyższym zakresie zamawiający uwzględnił odwołanie wskazując, iż doprecyzuje opis lokalizacji ze wskazaniem parametrów lokalizacji (wymiarów klatek schodowych, szerokość przejść, itp.) nie gorszych, niż parametry określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W ocenie Izby uszczegółowienie, które będzie przedmiotem uzupełnienia s.i.w.z. musi dodatkowo zawierać szczególnie ważne elementy związane z relokacją sprzętu, a mianowicie zamawiający zobowiązany jest do podania wartości księgowej sprzętu oraz podania informacji czy relokowany sprzęt jest objęty gwarancją. Uzyskanie przez wykonawców powyższych informacji pozwoli na prawidłowe skalkulowanie ceny oferty przez oszacowanie wartości ryzyka i stosowne do tej okoliczności ubezpieczenie przedmiotu relokacji. Pogląd przeciwny prowadziłby do nieuzasadnionego poniesienia przez zamawiającego zwiększonych kosztów, związanych z ceną oferty, a wynikłych z niewłaściwego oszacowania przedmiotu ubezpieczenia. Należy bowiem mieć na uwadze

sygn. akt: KIO 113/13
KIO 117/13

fakt, że wykonawcy nie będą skłonni ponosić dodatkowego ryzyka związanego z uszkodzeniem, czy też zniszczeniem sprzętu, dlatego też wartość podana do ubezpieczyciela może znacznie przekraczać wartość księgową sprzętu, co z kolei przenosi się na cenę oferty i możliwość nieuzasadnionego poniesienia przez zamawiającego kosztów ubezpieczenia ponad faktycznie uzasadnione potrzeby. W celu ochrony poniesienia nieuzasadnionych wydatków zdaje się zasadne podanie wartości księgowej sprzętu bez obowiązku szczegółowego opisywania typów i modeli urządzeń posiadanych przez zamawiającego, gdyż informacja taka, w ocenie Izby mogłaby prowadzić do nieuzasadnionego udostępnienia do informacji publicznej danych, które mogą powodować zagrożenie ataku ze strony nieuprawnionych osób.

Pozostałe informacje, których podania żąda odwołujący, zdaje się mogą być udostępnione na etapie realizacji przedmiotu umowy, gdyż nie wpływają na możliwość dokonania wyceny ceny ofertowej, czy też złożenia samej oferty.

W ocenie Izby zarzut odnoszący się do braku zapewnienia „asysty technicznej” jest niezasadny. Wskazać bowiem należy, że zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (załącznik Nr 2.2. do s.i.w.z.) wskazał, z jakimi firmami współpracuje w zakresie serwisu sprzętu, który posiada. Powyższe prowadzi do wniosku, że profesjonalny podmiot, jakim z całą pewnością jest odwołujący, jest w stanie skomunikować się ze wskazanymi przez zamawiającego serwisami w celu ustalenia kosztów zapewnienia usługi „asysty technicznej” w trakcie relokacji sprzętu. Koszt powyższej usługi obciąża wykonawców i nie powoduje braku możliwości złożenia oferty, czy też jej wyceny.

W zakresie zarzutu dotyczącego nie podania dokładnych adresów lokalizacji, w których świadczona jest usługa kolokacji, Izba stwierdziła, że zamawiający zobowiązany jest do podania wymaganych informacji. Izba zwraca uwagę, że zamawiający na rozprawie potwierdził, że w powyższym zakresie otrzymał pytania od wykonawców, ale do chwili obecnej nie odpowiedział na nie. Niemniej zamierza podać wskazane informacje, co czyni zarzut za zasadny. Izba wskazuje, że podanie przez zamawiającego skrótów nazw, bez wskazania konkretnego adresu może budzić po stronie wykonawców uzasadnione wątpliwości, co do ostatecznego punktu, w którym ma być świadczona usługa kolokacji.

Odnosnie harmonogramu realizacji poszczególnych zadań objętych przedmiotem zamówienia, w związku z uznaniem zarzutu przez zamawiającego, jako zasadnego i zobowiązaniem zamawiającego do jednoznacznego doprecyzowania terminów wykonania poszczególnych etapów zamówienia, przez wskazanie maksymalnego (liczba dni) terminu realizacji poszczególnych etapów, wobec braku dodatkowej argumentacji po stronie odwołującego, Izba stwierdziła, że zarzut odwołującego się potwierdził, a co za tym idzie zamawiający zobligowany jest do dokonania modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia we wskazanym zakresie.

sygn. akt: KIO 113/13
KIO 117/13

W zakresie zarzutu dotyczącego niejednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia przez niejednoznaczne określenie ostatecznej liczby szaf *rack* objętych relokacją, w związku ze stanowiskiem zamawiającego, który oświadczył, że jednoznacznie doprecyzuje postanowienia s.i.w.z. w zakresie liczby szaf *rack*, Izba uznała zarzut powyższy za zasadny.

Izba stwierdziła, że z treści dokumentów składających się na opis przedmiotu zamówienia faktycznie nie wynika, jaka jest ostateczna, przewidziana przez zamawiającego liczba szaf *rack*. Powyższe wątpliwości potwierdził sam zamawiający, który na rozprawie w jednej z wypowiedzi stwierdził, że jest to liczba 30, a przy kolejnej wypowiedzi wskazał na liczbę 40 sztuk, powołując się jednocześnie na odpowiednie postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co wskazuje na jej wewnętrzną sprzeczność, konieczną do wyjaśnienia.

Rekapitulując stwierdzić należy, że powyższe wyjaśnienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia i jej uzupełnienia o konieczne treści, potwierdzają słuszność zarzutu dotyczącego przedłużenia terminu składania ofert. Z uwagi na okoliczność, że zamawiający jest w trakcie procesu udzielania odpowiedzi na pytania wykonawców i modyfikacji treści s.i.w.z. Izba nie wskazuje, o jaki okres czasu konieczne jest przedłużenie terminu składania ofert, zaznaczając, że takie przedłużenie jest wskazane i zgodne z przepisem art. 38 ustawy Pzp.

Dlatego też, na podstawie przepisu art. 192 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

KIO 117/13

Dnia 18 stycznia 2013 roku wykonawca GTS Poland sp. z o.o., ul. Marynarska 15; 02-674 Warszawa (zwany dalej „*odwołujący*”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Odwołanie dotyczy treści ogłoszenia o zamówieniu oraz treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 29 ustawy Pzp, poprzez określenie zbyt krótkiego terminu uruchomienia usługi objętej przedmiotem zamówienia tj. w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
- 2) art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 25 ust. 1, art. 36 ust 1 pkt 14 ustawy Pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów

sygn. akt: KIO 113/13
KIO 117/13

dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane - poprzez zażądanie od wykonawców złożenia dokumentów, które nie są niezbędne do realizacji zamówienia,

- 3) art. 353¹ Kodeksu cywilnego w związku z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez sporządzenie wzoru umowy, w sposób naruszający zasady współżycia społecznego,
- 4) art. 7 ust. 1 i 3, art. 29 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 5 kc poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję oraz równe traktowanie wykonawców,

naruszenie innych przepisów wskazanych bądź wynikających z treści odwołania

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania modyfikacji postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w sposób wskazany w treści odwołania.

Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania. W wyniku naruszenia przez zamawiającego ww. przepisów ustawy, interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż objęte odwołaniem czynności zamawiającego uniemożliwiają odwołującemu ubieganie się o udzielenie zamówienia, a tym samym wybór jego oferty i uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Odwołujący wskazał, że uwzględnienie odwołania doprowadzi do zniesienia postawionych przez zamawiającego licznych, nadmiernie rygorystycznych i nieproporcjonalnych do przedmiotu zamówienia ograniczeń kręgu potencjalnych wykonawców, którzy będą mogli złożyć ofertę z realną szansą na uzyskanie zamówienia. Objęte odwołaniem czynności zamawiającego prowadzą do możliwości poniesienia szkody przez odwołującego - polegającej na uniemożliwieniu odwołującemu złożenia oferty i ubiegania się o zamówienie i uzyskaniu zamówienia. Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania, gdyż sprzeczne z ustawą ww. czynności zamawiającego w sposób negatywny oddziałują na możliwości udziału odwołującego w postępowaniu.

Kopię odwołania, odwołujący przekazał zamawiającemu w dniu 18 stycznia 2013 roku.

Zamawiający, dnia 21 stycznia 2013 roku zamieścił kopię odwołania na swojej stronie internetowej, jednocześnie wzywając wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

Dnia 23 stycznia 2013 roku do postępowania odwoławczego - po stronie odwołującego, zgłosił przystąpienie wykonawca ATM S.A. z siedzibą w Warszawie.

sygn. akt: KIO 113/13
KIO 117/13

Dnia 24 stycznia 2013 roku do postępowania odwoławczego - po stronie odwołującego, zgłosili przystąpienie wykonawcy:

- TP S.A. z siedzibą w Warszawie,
- Netia S.A. z siedzibą w Warszawie.

Zamawiający, dnia 29 stycznia 2013 roku złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, iż uwzględnia zarzuty odwołania dotyczące:

- 1) terminu wykonania zamówienia,
- 2) możliwości rozwiązania umowy bez podania przyczyny,
- 3) rodzaju formatu przekazywanych tabel stanowiących załączniki do s.i.w.z.

Jednocześnie zamawiający oświadczył, że nie uwzględnia zarzutów dotyczących:

- 1) podstawy naliczania kary umownej,
- 2) formalności po wyborze oferty najkorzystniejszej,
- 3) wymagań lokalizacyjnych obiektu, w którym znajduje się oferowana powierzchnia.

Na posiedzeniu odwołujący stwierdził, że sposób realizacji przez zamawiającego żądań zawartych w odpowiedzi na odwołanie nie pokrywa się z żądaniami, jakie w treści odwołania przedstawił odwołujący. Dlatego też odwołujący podtrzymał zarzuty odwołania z wyłączeniem zarzutu dotyczącego wymagań lokalizacyjnych obiektu, w którym znajduje się oferowana powierzchnia, który to zarzut odwołujący wycofał. W związku z powyższym zarzut powyższy Izba pozostawiła bez rozpoznania.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego terminu wykonania zamówienia, Izba uznała zarzut za niezasadny.

Odwołujący na rozprawie podnosił, że procedury administracyjne dotyczące uzyskania stosownych pozwoleń na wykonanie własnej sieci światłowodowej w najkorzystniejszym dla odwołującego terminie, mogą zostać uzyskane (stosowne decyzje), a roboty wykonane w terminie minimum 4 miesięcy od dnia podpisania umowy. W najgorszej możliwej konfiguracji okres ten może się wydłużyć nawet do 9 miesięcy.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej sposób uzyskania oferowanego produktu nie może być wyłącznie skorelowany z chęcią przeprowadzenia określonego procesu inwestycyjnego (wykonanie własnej sieci światłowodowej), a z faktycznymi możliwościami dostępnymi na rynku. Zdaniem Izby, co zostało potwierdzone przez zamawiającego, odwołujący może, przy odpowiednim sposobie nawiązania stosunków handlowych na rynku zaoferować usługę, która umożliwi zamawiającemu korzystanie z usługi w terminie wskazanym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Co prawda zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że uwzględnia powyższy zarzut, a żądanie wykona w ten sposób, że wprowadzi dodatkowe kryterium oceny ofert

sygn. akt: KIO 113/13
KIO 117/13

związane z terminem realizacji zamówienia. O ile stanowisko zamawiającego należy ocenić pozytywnie, to Izba zwraca uwagę, co podnosił również odwołujący i przystępujący, aby zamawiający wprowadzając zbyt wygórowane parametry tego (nowego) kryterium, nie spowodował naruszenia przepisu art. 7 ustawy Pzp. W powyższym zakresie wskazanym byłoby bardzo wyważone określenie rangi ustanawianego kryterium, by nie narazić się ze strony wykonawców na zarzut naruszenia wspomnianego wyżej przepisu.

W zakresie zarzutów dotyczących możliwości rozwiązania umowy bez podania przyczyn oraz dotyczącego formatu przekazanych danych, z uwagi na okoliczność, iż zamawiający uwzględnił powyższe zarzuty, a co do uwzględnienia tych zarzutów odwołujący nie wniósł uwag, Izba uznała zarzuty odwołującego za zasadne. Jednocześnie na podstawie przepisu art. 190 ust. 5 ustawy Pzp, nie jest konieczne przeprowadzenie dowodu na te okoliczności.

Zarzut dotyczący podstawy naliczenia kary umownej Izba uznała za niezasadny. W ocenie Izby określona przez zamawiającego wysokość kar umownych ma za zadanie dyscyplinować wykonawców do prawidłowego i terminowego realizowania przedmiotu umowy.

Jak słusznie wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 22 marca 2011 roku, sygn. akt: KIO 475/11 *„Zamawiającemu przyznane zostało uprawnienie do ukształtowania postanowień umownych. Zamawiający może, o ile nie wykracza poza unormowanie art. 353¹ k.c., dowolnie sformułować postanowienia w zakresie kar umownych, zależnie od sytuacji faktycznej i swoich potrzeb.”*. Kary umowne dla zamawiającego nie pełnią roli ściśle odszkodowawczej. Co do zasady ich znacznie ważniejszą, dla zamawiającego, rolą jest ich funkcja stymulacyjna, dyscyplinująca wykonawcę do prawidłowego wykonania zamówienia (vide: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 lipca 2009 roku, sygn. akt: KIO/UZP 843/09). Nadto Izba zwraca uwagę, że ustanowienie przez zamawiającego możliwości naliczania wysokich kar umownych nie ogranicza prawa wykonawcy do zwrócenia się do sądu powszechnego o dokonanie oceny czy naliczona kara umowna będzie rażąco wygórowana.

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia określił formalności, jakie muszą zostać spełnione przez wybranego wykonawcę, po wyborze oferty najkorzystniejszej.

Zgodnie z pkt. 4, 5 i 6 rozdziału XXIX s.i.w.z. *„Wykonawca, którego oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza, zobowiązany jest do dostarczenia Zamawiającemu najpóźniej w dniu zawarcia umowy, dokumentu wystawionego przez uprawniony podmiot, właściwy ze względu na miejsce lokalizacji obiektu, w którym znajduje się powierzchnia, którą dysponuje wykonawca, opisującego stan zagrożenia powodzią obszaru na którym zlokalizowany jest ww. obiekt, w szczególności zagrożenia, o którym mowa w art. 9 ust. 1 lit. 6b) i 6c) ustawy z dnia 18 lipca 2001 r. Prawo wodne (t.j. Dz. U. z 2012 r. poz. 145). Wykonawca, którego oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza, zobowiązany jest do dostarczenia Zamawiającemu, najpóźniej w dniu zawarcia umowy, kopii dokumentów*

sygn. akt: KIO 113/13
KIO 117/13

poświadczających uprawnienia i kwalifikacje osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w szczególności dokumentów wskazanych w części VII ust. 2 pkt 4 lit b) SIWZ. Wykonawca, którego oferta zostanie wybrana, jako najkorzystniejsza, zobowiązany jest do dostarczenia Zamawiającemu, najpóźniej w dniu zawarcia umowy, Planu ochrony obiektu, w którym znajduje się powierzchnia, którą dysponuje wykonawca.

Zgodnie z przepisem art. 36 ust. 1 pkt 14 ustawy - Prawo zamówień publicznych, specyfikacji istotnych warunków zamówienia zawiera, co najmniej, informacje o formalnościach, jakie powinny zostać dopełnione po wyborze oferty w celu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Ustawodawca posługuje się sformułowaniem „formalności”, co oznacza, że zamawiający na tym etapie postępowania nie może żądać od wykonawców złożenia szeregu dokumentów, których nie wymagał od wykonawców na etapie składania ofert.

Izba zwraca uwagę, że, zgodnie z procedurą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ocena przez zamawiającego poprawności przygotowanych przez wykonawców kosztorysów należy do czynności dokonywanych na etapie badania ofert - zwłaszcza w przypadku wynagrodzenia kosztorysowego za wykonanie robót budowlanych i nie powinna być przenoszona na etap "przed zawarciem umowy", nie bez powodu bowiem w art. 36 ust. 1 pkt 14 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazano, że na tym etapie mogą być załatwiane jedynie "formalności" ("formalności, jakie powinny zostać dopełnione po wyborze oferty najkorzystniejszej w celu zawarcia umowy"). Formalność zaś to, zgodnie z definicją słownikową, "czynność wykonywana według przepisów, sprawa łatwa do załatwienia", jak np. przedstawienie umowy konsorcjalnej, przedstawienie oryginałów dokumentów, przedstawienie pełnomocnictw do zawarcia umowy itp. (vide: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 marca 2012 roku, sygn. akt: KIO 384/12).

Zgodnie z przepisem art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie:

- 1) warunków udziału w postępowaniu,
- 2) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego - zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W ocenie Izby dokumenty, których złożenia żądał zamawiający, po wyborze oferty najkorzystniejszej, a przed podpisaniem umowy, nie są dokumentami rozumianymi w trybie przepisu art. 36 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp. Powyższe oznacza, że zamawiający nie mógł żądać od wykonawców złożenia:

sygn. akt: KIO 113/13
KIO 117/13

- dokumentu wystawionego przez uprawniony podmiot, właściwy ze względu na miejsce lokalizacji obiektu, w którym znajduje się powierzchnia, którą dysponuje wykonawca, opisującego stan zagrożenia powodzią obszaru, na którym zlokalizowany jest ww. obiekt, w szczególności zagrożenia, o którym mowa w art. 9 ust. 1 lit. 6b) i 6c) ustawy z dnia 18 lipca 2001 r. Prawo wodne (t.j. Dz. U. z 2012 r. poz. 145),
- kopii dokumentów poświadczających uprawnienia i kwalifikacje osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w szczególności dokumentów wskazanych w części VII ust. 2 pkt 4 lit b) SIWZ.
- planu ochrony obiektu, w którym znajduje się powierzchnia, którą dysponuje wykonawca, na etapie po wyborze oferty najkorzystniejszej, a przed podpisaniem umowy.

Wskazać należy, że art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, odnosi się wyłącznie do dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego kończy się wraz z zawarciem umowy o zamówienie publiczne i dopóki umowa ta nie została zawarta zamawiający zobowiązany jest do stosowania Pzp. Tym samym, w ocenie Izby, zamawiający nie może żądać od wykonawców dokumentów do przeprowadzenia postępowania po wyborze oferty najkorzystniejszej, które potencjalnie mogą uniemożliwić mu zawarcie umowy z zamawiającym i jednocześnie mogą narazić go na utratę wadium.

Biorąc powyższe pod uwagę, zamawiający winien wykreślić z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia żądanie złożenia dokumentów wskazanych w pkt 4, 5, 6 działu XXIX s.i.w.z.

Jedynie na marginesie Izba zwraca uwagę, że ww. dokumenty, jako dokumenty niezbędne do przeprowadzenia przedmiotowego postępowania, które mogą gwarantować zamawiającemu określony poziom bezpieczeństwa, mogą być żądane w trybie § 5 ust. 1 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, który stanowi, iż *„W celu potwierdzenia, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, zamawiający może żądać w szczególności (...)”*. Sformułowanie „w szczególności”, jak to wielokrotnie podkreślała Izba w swoich wyrokach wskazuje, że katalog dokumentów opisanych w omawianym przepisie jest katalogiem otwartym, a dokumenty tam wymienione są jedynie dokumentami przykładowymi.

Dlatego też, na podstawie przepisu art. 192 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych orzeczono, jak w sentencji.

sygn. akt: KIO 113/13
KIO 117/13

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący: